Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
http://dx.doi.org/10.12946/rg01/014-020

Rg 1 2002 14 – 20

Marie Theres Fögen

Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems

Ein Vorschlag

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Liebe Leserinnen und Leser!
Liebe Autorinnen und Autoren!

Draußen geht der Nichtleser um,
ein gefährliches Tier.

Durs Grünbein

»Rechtsgeschichte« tritt an die Stelle von »Ius Commune«, der 1967 gegründeten und bis 2001 fortgeführten Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte.

Der neue schlichte Titel hat den Vorzug der Wahrhaftigkeit. Konnte doch das Gemeine Recht schon lange nicht mehr die Forschungsinteressen bündeln und begrenzen. »Rechtsgeschichte« widmet sich nicht einer Provinz, sondern der großen Welt des Rechts – wann, wo und in welcher Gestalt auch immer dies anzutreffen war und ist.

Den Weg durch die große, von Recht überquellende Welt sollen die Qualität und Originalität, der theoretische Anspruch und die Aktualität, der Charme und die Klugheit der Beiträge und Forschungen weisen. Herausgeberin, Redakteure und *Peers* entscheiden, ob ein Text lesbar und lesenswert ist, ob er intellektuellen Appetit anregen und Informationsdurst stillen kann oder eher geeignet ist, Leser zu Nichtlesern zu machen.

Gefährlicher als der Nichtleser ist allerdings jene Gattung Wissenschaftler, die rügt und rümpft, ohne die sichere Höhle der Nichtschreiber zu verlassen. Verehrte Autorinnen und Autoren, verehrte Leserinnen und Leser: Ihrer Lese- und Schreiblust, Ihrem Tatendrang oder Ihrer Trägheit, Ihrem Urteil und Vorurteil, Ihrer Gefährlichkeit oder Gefräßigkeit ist es anheim gegeben, was aus Rechtsgeschichte wird – und ob »Rechtsgeschichte« den Regenbogen, der mit diesem grünen Band beginnt, eines Tages vollenden wird.

»Rechtsgeschichte« wird zwei Mal jährlich, im September und im März, erscheinen. Das Programm eines jeden Bandes sowie Abstracts und Leittexte der »Debatte« stehen im Internet unter http://www.rg-rechtsgeschichte.de zur Verfügung.

Marie Theres Fögen

Debatte

Marie Theres Fögen	14	Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag
Simon Roberts	21	Against a Systemic Legal History
Marc Amstutz	26	Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie
Horst H. Jakobs	32	Umbenennungen
Egon Flaig	34	»… ziehe ich es vor, dazu zu schweigen …«

Recherche

Lorraine Daston	36	Baconsche Tatsachen
Rainer Maria Kiesow	56	Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht
Volker Bauer	71	Territoriale Amtskalender und Amtshandbücher im Alten Reich
Philippe Sturmel	90	L'école historique française du droit a-t-elle existé?
Christian Windler	122	Grenzen vor Ort
Mario Bretone	146	La »cartella rossa«
Karl Härter	159	Von der »Entstehung des öffentlichen Strafrechts« zur »Fabrikation des Verbrechens«
Johannes-Michael Scholz	198	Wahrnehmung als Reflexion Pierre Bourdieu 1930–2002
Klaus Lüderssen	208	Gadamers Wahrheit für Juristen Hans-Georg Gadamer 1900–2002
Daniel Dédeyan	216	Gadamer im Recht
Bettina Emmerich	221	Gnade für niemand! Matthias Beltz 1945–2002

Kritik

Marie Theres Fögen 226 Wie es euch gefällt
Raoul van Caenegem, European Law in the Past and the Future

Susanne Lepsius 227 Sieht man mit dem Zweiten besser?
Paolo Prodi, Una storia della giustizia

John W. Cairns 229 Ecclesia anglicana vivit iure commune
Richard H. Helmholz, The Ius Commune in England

Kent Lerch 232 Kreuz des Nordens
Kenneth Reid und Reinhard Zimmermann (Hg.), A history of private Law in Scotland

Tomasz Giaro 236 Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte
Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law

Marie Theres Fögen 238 Des Kaisers alte Kleider
Frank Kolb, Herrscherideologie in der Spätantike

Tomasz Giaro 241 Methodenreich
Jan Schröder, Recht als Wissenschaft

Christof L. Diedrichs 242 Starke Bilder – Schwache Theorie
Klaus Schreiner und Gabriela Signori (Hg.), Bilder, Texte, Rituale

Angela De Benedictis 244 Elefantenbegriffe
Peter Blickle, Kommunalismus

Joachim Eibach 246 Bewaffnete Spießbürger
Ralf Pröve, Stadtgemeindlicher Republikanismus und die »Macht des Volkes«

Gerhard Sälter 248 Städtischer »Unfug«
Rainer Driever, Obrigkeitliche Normierung sozialer Wirklichkeit

Joseph Canning 249 Papacy and Political Theory
Jürgen Miethke, De potestate papae

Christiane Birr 252 Im Dickicht des Gemeinen Rechts
Johannes Merz, Fürst und Herrschaft

Thomas Duve 254 Macht der Gewohnheit
Víctor Tau Anzoátegui, El poder de la costumbre

Kritik

Roy Garré 256 Vom Lob der Bauern und vom Wert der Gewohnheit
Peter Niederhäuser und Werner Fischer (Hg.), Vom «Freiheitskrieg» zum Geschichtsmythos

Susanne Lepsius 258 Quaestio Quaestionum
Manlio Bellomo, I fatti e il diritto

Karl-Heinz Lingens 261 Dreiste Wahrheiten?
Carl Gottlieb Svarez, Kronprinzenvorlesungen

Miloš Vec 262 Geistergeschichte
Martin Kühnel, Das politische Denken von Christian Thomasius

Valentin Groebner 264 Auf den Fluren von Ausländerbehörden
John Torpey, The Invention of the Passport
Andreas Fahrmeir, Citizens and Aliens
Dieter Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen

Christian Windler 267 Deutsche Grenzforschung
Christoph Motsch, Grenzgesellschaft und frühmoderner Staat

Claudia Kraft 269 Männererbe
Karl Kaser, Macht und Erbe

Margrit Seckelmann 271 Modern Times
Kees Gispen, Poems in Steel

Gerd Bender 273 An die Arbeit!
Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag
Willibald Steinmetz, Begegnungen vor Gericht

Kritik

Heino Heinrich Nau 276 Rechtspopulationen der Ökonomie
Martina Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution

Sabine Werthmann 278 Der Edelmann als Richter
Monika Wienfort, Patrimonialgerichte in Preußen

Cornelia Vismann 281 Nur wer den Quellcode kennt
Anette Baumann, Siegfried Westphal, Stephan Wendehorst und Stefan Ehrenpreis (Hg.), Prozessakten als Quelle

Marie Theres Fögen 284 Gesteht!
Bernd Rüthers, Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien

Natascha Doll 286 Die Entdeckung der Entdecker
Thomas Hoeren (Hg.), Zivilrechtliche Entdecker

Carsten Doerfert 288 Groundbook
Marcus Dittmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law

A. J. Boudewijn Sirks 289 In der Kürze keine Würze
Helmut Janssen, Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts

Michael Stolleis 291 »Volksempfinden« überall und nirgendwo
Angelika Kleinz, Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik

Lars Hendrik Riemer 294 Der gute Mensch im Verbrecher
Thomas Nutz, Strafanstalt als Besserungsmaschine

Marginalien

Marie Theres Fögen, Michael Kempe 298 Nach Hause …

Christine Franzius 301 Die jungen Milden. Eindrücke vom Forum junger Rechtshistoriker/-innen

304 Reihe Unwissen

304 Joint Venture
International Max Planck Research School for comparative legal history

Ilse Staff 305 Ausgemustert

Heinrich Gehrke 306 Schnappschüsse im Gerichtssaal
Erich Dittmann, »Nieder mit den schwarzen Paragrafenhengsten!« Zeichnungen aus deutschen Gerichten 1963–1999

Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems

Ein Vorschlag*

1 Geschichtsschreibung lebt davon, dass sie Veränderungen beobachtet. Selbst eine Geschichte des Augenblicks kommt nicht ohne ein Vorher und ein Nachher aus. Es gibt keine Geschichte ohne Ereignis und ohne die Differenz, welche sie als »Zeit« begreift und beschreibt. Rechtsgeschichte hat es mit Veränderungen im Recht zu tun. Das Recht eines beliebig gesetzten Zeitpunkts X wird betrachtet und danach beurteilt, was neu, was anders geworden, was gleich geblieben ist. Das muss erst einmal erkannt und beschrieben werden, ehe man nach den Gründen fragt, warum es denn anders geworden ist, und zwar so und nicht anders anders geworden ist.

2 Das in der Geschichtsforschung herrschende Erklärungsmuster für Veränderungen heißt »Entwicklung«. »Entwicklung« beinhaltet »Kontinuität *und* Wandel«, »Tradition *und* Einschnitt«, »Struktur *und* Ereignis«. Die Paradoxie der Identität bei gleichzeitiger Veränderung ist nicht nur der Geschichtsforschung bekannt, sondern liegt der Beobachtung aller biologischen und sozialen Phänomene zugrunde. In den Naturwissenschaften wird das Problem seit langem mit Hilfe der Evolutionstheorie bearbeitet. Inzwischen wird aber deren Tauglichkeit auch für die Beobachtung sozialer Phänomene vermehrt getestet.

3 Die Grundlagen für evolutionstheoretisch geleitete Sozialwissenschaften haben Soziologen (Niklas Luhmann, Dirk Baecker, Rudolf Stichweh u. a.) gelegt. In das Recht, und wohl nicht zufällig bevorzugt in das moderne Wirtschaftsrecht, hat die Evolutionstheorie ebenfalls Eingang gefunden (z. B. Gunther Teubner und Marc Amstutz). Auch in der Ökonomie hat man entdeckt, dass das Geschehen am Markt evolutionstheoretisch zu beschreiben ist (z. B. Thorsten Hens, Heino Heinrich Nau). Ebenso haben die Literaturwissenschaften begonnen, ihren Gegenstand system- und evolutionstheoretisch zu erforschen (z. B. Hans-Ulrich Mohr, Gerhard Plumpe). Angesichts dieser Verbreitung evolutionstheoretischen Denkens wurde kürzlich sogar die Hoffnung geäußert, dass eine universale Theorie, »*die als eine konsistente Evolutionstheorie angedacht ist*« (Wolfgang Frühwald), der Sprachlosigkeit zwischen den Natur- und Geisteswissenschaften abhelfen könnte.

4 In der Geschichtsschreibung hingegen, auch in der Rechtsgeschichte, haben evolutionstheoretische Überlegungen bislang kaum Beachtung gefunden. Das ist insofern erstaunlich, als Geschichte und Evolution über »Zeit« elementar verwandt sind. »Die Evolutionsbiologie ist eine historische Wissenschaft« (Ernst Mayr). Vielleicht gilt auch das Umgekehrte: Historische Wissenschaft ist die Wissenschaft von der Evolution – nicht nur biologischer, sondern auch sozialer Systeme? Wie sähe der theoretische Rahmen für eine Rechtsgeschichte aus, die sich als Geschichte eines sozialen Systems versteht (5–10)? Welche Konsequenzen und Differenzen zu anderen Formen der Rechtsgeschichte würden sich daraus ergeben (11–17)?

* Dieser Vorschlag lag in umfangreicherer, unpublizierter Fassung bereits etwa 30 Kolleginnen und Kollegen aus der Geschichtsforschung, der Rechtswissenschaft, der Ökonomie, der Archäologie, der Soziologie, der Physik, der Philosophie und den Kulturwissenschaften vor. Ihnen allen danke ich sehr herzlich für ihre Diskussionsbereitschaft bei einer ersten Tagung, für Zustimmung, Anregung und Verbesserungsvorschläge, vor allem aber für Kritik und Dissens.

5 Wer die Evolution des Rechts untersuchen will, muss wissen, welche Einheit er oder sie beobachten will. Dafür kommen etwa in Frage: die »Dogmatik«, der »Prozess«, die »Juristen«, die »Gesetze«, die »Rechtswissenschaft«. Aber das Recht erschöpft sich nicht in »Dogmatik« oder »Prozess«, und mit den »Juristen« würde man rasch in die Evolutionsgeschichte einer Spezies von Menschen geraten, so wie man mit den »Gesetzen« zu deren Urheber, in die Politik, gelangte und mit der »Rechtswissenschaft« Wissenschaftsgeschichte betriebe. Außerdem gab und gibt es Recht ohne Rechtswissenschaft, auch Recht ohne Gesetze und ohne Dogmatik und sogar ohne geschulte Juristen. Benötigt wird also eine Einheit »Recht«, die nicht von historisch höchst wechselhaften und kontingenten Begleiterscheinungen abhängt.

6 Dafür eignet sich »Kommunikation«, die sich an der Leitdifferenz Recht – Unrecht orientiert. Recht ist überall dort, wo über Recht – Unrecht kommuniziert wird, gleich ob es Gerichtsgebäude oder gelehrte Juristen oder eine Rechtswissenschaft gibt. Eine Kommunikation setzt eine »Information« voraus, die aus dem allgemeinen Rauschen der Welt ausgewählt und spezifiziert wird. Die Information bedarf, um zur Kommunikation zu werden, der »Mitteilung«, sei es in Form von – mündlicher oder schriftlicher – Sprache, sei es durch Handlung, Gestus, Ton oder Bild. Erst wenn die Mitteilung andere erreicht, »verstanden« bzw. missverstanden wird, ist die Kommunikation ein sinnhaftes soziales Ereignis, an welches weitere Kommunikationen anschließen können.

7 Kommunikationen, die sich auf eine Leitunterscheidung spezialisieren und durch diese ihre Grenze ziehen, jenseits derer die Umwelt liegt, bilden ein System. Die Grenze ist etabliert und erkennbar, sobald Kommunikationen über Recht und Unrecht unterscheidbar sind von solchen über gut – böse, gerecht – ungerecht, heilig – unheilig, wahr – unwahr etc. Kommunikative Systeme sind im Unterschied zu lebenden, psychischen oder technischen Systemen *soziale* Systeme. Deshalb wird als Einheit für eine evolutionstheoretisch geleitete Rechtsgeschichte »Recht als soziales System« gesetzt.

8 Betrachtet man nun das soziale System Recht über einen kürzeren oder längeren geschichtlichen Zeitraum, so wird man – nicht anders als bei der Betrachtung von lebenden Systemen – Zeiten größerer »Ruhe« (*stasis*) und Zeiten stärkerer »Unruhe« ausmachen können. Unruhe – *Variation* – ist für Historiker erkennbar an unerwarteten, neuen, variantenreicheren und häufig konkurrierenden Kommunikationen im Recht. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn zwei verschiedene Typen von Rechtsordnungen – kodifiziertes vs. hergebrachtes Recht oder römisches vs. einheimisches Recht – zur Diskussion stehen. Dies ist auch der Fall, wenn Faktoren der Umwelt, technische Erfindungen, Naturereignisse, politische Umstürze, im Recht für Aufregung sorgen, wenn das Recht sich also irritieren lässt. Wann und aufgrund welcher Ereignisse in der Umwelt Variation im Recht ausgelöst wird, ist nicht prognostizierbar, aber vermutlich rekonstruierbar.

9 Variation bietet neue Möglichkeiten der Veränderung. *Selektion* bedeutet, dass aus diesen Möglichkeiten eine – und nicht eine andere – gewählt wird. Im Recht geschieht dies insbesondere dadurch, dass ein bislang unbeachteter Sachverhalt durch eine Recht – Unrecht-Unterscheidung markiert wird (wobei auch das

Unterlassen dieser Markierung eine Selektion ist). Der Dampfkessel oder das Internet, das Münzgeld oder der Straßenverkehr werden – oder werden nicht – ein »Rechtsproblem«. Was auch immer geschieht – Selektionen sind stets kontingent, sonst wären sie keine Selektionen, sondern determinierte Vorgänge. Andererseits sind Selektionen nicht beliebig, sondern an vorgängige Selektionen und dadurch geschaffene Strukturen gebunden. Aus Kommunikationen über Recht – Unrecht werden im Fall neuer Umweltfaktoren keine Kommunikationen über Liebe oder Schönheit. Der Radius möglicher Selektionen ist vermutlich durch das »Gedächtnis« des Systems gesteckt, welches ständig zwischen Vergessen und Erinnern unterscheidet und damit mögliche Anschlüsse limitiert.

10 *Restabilisierung* bezeichnet die Einfügung des selegierten neuen Elements in vorhandene Strukturen. Im Recht leisten z. B. die Dogmatik und die Systematik, die Selbstverpflichtung auf Texte oder die Präjudizienbindung diese Stabilisierung. Dadurch wird der Überraschungswert künftiger, ähnlicher Umweltereignisse gemindert. Das System stabilisiert sich, indem es Neues einbaut und Komplexität aufbaut. Das so markierte »Ende« eines evolutionären Prozesses ist der Anfang neuer Variations- und Selektionschancen.

11 Kommunikationen statt Menschen

Will man Recht als soziales System beschreiben, so erhalten Menschen einen anderen Platz und eine andere Bedeutung, als ihnen häufig in der Rechtsgeschichte zugeschrieben wird. Kommunikationen setzen mindestens zwei psychische Systeme voraus. Aber – im Gegensatz zu Menschen – sind Kommunikationen über Jahrhunderte anschlussfähige, seit der Erfindung der Schrift und erst recht des Buchdrucks jederzeit wieder aufrufbare, je erneut Absage oder Annahme ihrer Sinnangebote ermöglichende, von individuellen Absichten unabhängige, ihren Eigensinn entfaltende Entitäten. Recht – Unrecht-Kommunikationen werden nicht von Mensch zu Mensch, nicht einmal von Generation zu Generation neu erfunden. Eine Rechtsgeschichte, die, wie alle historische Wissenschaft, auf der Grundlage von Texten arbeitet, kann an diesen den Verlauf, die Dichte, die Beschleunigung oder Retardierung, die Variationsbreite und »Aufgeregtheit« von Kommunikationen erkennen. Die Menschen, die sie einmal ausgelöst haben, bleiben dabei vollständig unbekannt – was unmittelbar für die Rechtsgeschichte der Antike einsichtig ist, aber auch für noch so nahe Zeiten gilt. Denn Rechtsgeschichte ist keine Anthropologie, keine Hirnforschung und keine Psychologie. Und die Geschichte eines kommunikativen sozialen Systems kann nicht auf vergangene neurophysiologische, chemische, mentale, genetische Prozesse und Dispositionen zurückgreifen.

Demzufolge sollte Rechtsgeschichte die »Autoren« juristischer Kommunikationen in die Umwelt des sozialen Systems versetzen. In dieser können sie – wohl nicht zu überschätzende – Irritationen für das Rechtssystem verursachen, in manchen Fällen vielleicht neue Kommunikationspopulationen auslösen, die sie aber weder zu Lebzeiten, geschweige denn langfristig zu beherrschen und zu lenken in der Lage sind. Zu Lebzeiten nicht, weil eine Eins-zu-eins-Übertragung von Gehirn zu Gehirn nicht stattfindet. Zu späteren Zeiten auch nicht, weil das Schicksal einmal vorhandener Kommunikationen – die Frage, ob sie »erinnert«, d. h. fortgeführt, oder endgültig vergessen werden, und erst recht die Frage, wie sie »verstanden« werden – gänzlich ungewiss ist.

(Eine Absage an anthropozentristische Geschichtsschreibung ist selbstverständlich zu-

gleich eine Absage an anthropozentristische Evolutionstheorien.)

12 Kommunikation statt Handlung

Handlungen sind – wie Kommunikationen – kontingent-selektive momenthafte Ereignisse. Sie setzen – nicht anders als Kommunikationen – Menschen voraus. Handlungen sind jedoch keine kommunikativen Ereignisse, da sie sich auf Information und Mitteilung beschränken. Ihre Bedeutung, Relevanz, Sozialität wird erst durch das »Verstehen« eines Beobachters attribuiert, ohne welches die Handlung sozial bedeutungslos bleibt. Handlung wird damit kommunikativ hergestellt und insbesondere zur Temporalisierung benutzt. Während man an Kommunikationen jederzeit anschließen kann, markieren Handlungen die Irreversibilität der Zeit. Benötigt oder benutzt ein soziales System insofern »Handlung« zur Selbstbeschreibung, so führen handlungstheoretische Untersuchungen doch regelmäßig zu Fragen nach Motiven, Interessen, Bewusstseinszuständen, Rationalitäten und Irrationaltäten, Zielen und Wünschen desjenigen Akteurs, dem Handlung zugeschrieben wird. Für diesen Akteur – auch in seiner Form als »kollektiver Akteur«, z. B. als »homo oeconomicus« – haben verständlicherweise alle die Wissenschaften ein besonderes Interesse, die normativ und zukunftsorientiert arbeiten wie viele Ökonomen oder politische Philosophen. Für Historiker sollte es genügen, den Begriff der »Handlung« als ein Element der Selbstbeschreibung eines sozialen Systems zu begreifen, die konstituierenden Elemente des Systems aber auf Kommunikationen zu beschränken.

13 Possibilitäten statt Kausalitäten

Kommunikationen sind dreifach selektive Vorgänge – Information, Mitteilung, Verstehen. Evolution ist ebenfalls ein dreifach selektiver Prozess – Variation, Selektion, Restabilisierung. Alle Selektionen aber unterliegen dem Kontingenzprinzip: Es war, wie es war, es hätte auch anders, wenngleich nicht beliebig anders sein können. Unter dieser Prämisse werden gewohnte Muster kausaler und linearer Entwicklungen mehr als problematisch. Das gilt für alle Erklärungen, die auf eine »Wurzel« rekurrieren und damit suggerieren, dass aus dieser Wurzel diese und keine andere Kommunikation ersprießen konnte.

Im Gegenteil gilt: Jede Information, die eine Kommunikation einleitet, ist – schon angesichts des riesigen, überschießenden Reservoirs an alternativen (oder keinen) Informationen – unwahrscheinlich. Ebenso ist jede Selektion, die einer Variation folgt – angesichts der ebenfalls erheblichen Möglichkeiten, gar nicht oder anders zu selegieren – unwahrscheinlich. Dann aber genügt es nicht, ja, ist es geradezu irreführend, zu sagen: »Der Formularprozess hat sich aus dem Legisaktionenverfahren *entwickelt*« oder »Die *Wurzel* des Strafrechts liegt im kirchlichen Bußverfahren« oder »Die industrielle Revolution *führte zur* Erfindung der Sozialversicherung«. All diese, unendlich zu vermehrenden Vermutungen sollten umformuliert werden in die Frage: War das Legisaktionenverfahren eine der Bedingungen der Möglichkeit, dass der Formularprozess entstand? Genauer: Hatten sich zur Zeit des Legisaktionenverfahrens Strukturen des Rechts gebildet, die anschlussfähig waren und eine strukturdeterminierte Selektion – zugunsten des Formularprozesses – ermöglichten?

14 Zufall statt »Einfluss«

Ähnlich wie das Kausalitätsmodell ist dessen mildere Version von »(gegenseitiger) Beeinflussung« – zu revidieren und zu präzisieren. Wenn

vom »Einfluss« der französischen Revolution auf das Recht oder vom »Einfluss« der neuen Naturwissenschaft auf das Recht o. ä. gesprochen wird, so handelt es sich jeweils um die Frage, wie es sein kann, dass die Umwelt des Rechts auf das Recht »einwirkt«. Ereignisse und Veränderungen in der Umwelt des Rechts sind für das Recht »Zufälle«, zu denen etwa ein politischer Umsturz, der Buchdruck, ein Erdbeben oder ein Attentat, eine Wirtschaftsflaute, der Bau eines Straßennetzes, die Erfindung der Nation, die Spaltung der Kirche, das Internet oder auch nur das berühmte Flügelschlagen des Schmetterlings gehören. Ob solche Zufälle Variation im Rechtssystem auslösen, hängt sicherlich nicht von der Bedeutung ab, die das Ereignis in dem ihm eigenen natürlichen oder sozialen System hat. Was sich für das politische System als »Katastrophe« darstellt, muss das Recht überhaupt nicht tangieren. So ist etwa die Begründung des römischen Prinzipats für das römische Recht lange Zeit folgenlos geblieben. Umgekehrt kann aber, was das Recht scheinbar nichts angeht, in diesem erhebliche Variation ermöglichen, wie zum Beispiel technische Erfindungen.

15 Ko-evolution

Um das Verhältnis von Recht und Umwelt genauer beobachten und beschreiben zu können, könnte ein Modell der Ko-evolution fruchtbar sein. Es geht davon aus, dass Gesellschaften auf einer mehr oder minder sensiblen Balance ihrer sozialen Systeme beruhen. Wirtschaft verlässt sich auf die Strukturen des Rechts, Recht auf die Strukturen der Politik, Politik auf die Strukturen der Religion usf. Für moderne, funktional ausdifferenzierte Gesellschaften dürften solche strukturellen Kopplungen in der Regel Ko-evolution ermöglichen und erleichtern. Doch auch vor einer ausgeprägten funktionalen Differenzierung der Gesellschaft gibt es evolutionäre Errungenschaften – Sprache, Schrift, Geld, Verkehr, Vertrag –, die offenbar pluripotent sind. Das heißt, sie können Variationen in verschiedenen Kontexten auslösen. Die Erfindung der Schrift kann so zum Beispiel für die Wirtschaft erhebliche Bedeutung und evolutive Chancen eröffnen, während das Recht davon unberührt bleibt – oder umgekehrt. Welche Funktions- und Kommunikationssysteme aufgrund solcher *pre-adaptive advances* emergieren und welche – ob rasch, ob verzögert – ko-evolvieren, gehört zu den spannendsten Fragen gerade der Rechtsgeschichte vormoderner Zeiten.

16 Zirkularität statt Teleologie

Wenn eine evolutionstheoretisch geleitete Rechtsgeschichte Plausibilität gewinnen soll, so wird sie die Erkenntnis der evolutionären Mechanismen von Variation, Selektion und Retention selbst als ein Produkt der Evolution reflektieren müssen. Evolution ist nicht notwendig, sondern ein Produkt ihrer selbst. Evolution ist auch nicht linear und schon gar nicht zielgerichtet. Sie »dient« deshalb nichts und niemandem. Und findet doch, seitdem man sie beobachten kann, immer und überall statt. Wissenschaftlich beobachtet wird sie bekanntlich seit Darwin. Was nicht ausschließt, dass auch frühere, »vorwissenschaftliche« Beobachter das Evolutionsproblem in seinen trennbaren Schritten, mit seinen vertrackten Unwägbarkeiten, Selektionschancen und -gefahren und Restabilisierungstechniken gesehen und beschrieben haben. Hier ein Beispiel aus Dionysios von Halikarnass, dem römischen Historiker griechischer Abstammung, der im 1. Jahrhundert v. Chr. das Ende der römischen Königsherrschaft und den Beginn der Republik folgendermaßen beschrieb:

Das Ende der Königsherrschaft wird durch eine Handlung markiert, den öffentlichen Selbstmord der Lucretia. Damit, drastisch im Übergang vom Leben zum Tod, ist die Irreversibilität der Zeit gekennzeichnet. Die Handlung löst umgehend äußerst aufgeregte, geradezu tumultartige Reaktionen aus. Kein Zweifel: Die Mitteilung, in Form des Selbstmords, erreicht das Publikum, die Kommunikation ist erfolgreich. Dionysios lässt den Haupthelden lange Reden vor großem Publikum halten über die Vielzahl der nun denkbaren politischen Ordnungen: Nicht jede beliebige, aber viele Modelle werden möglich. Strukturen politischer Systeme sind bekannt und lassen nicht alles, aber vieles als Anschluss zu. Lassen so viel zu, dass Dionysios bekennt, das Problem sei, so wörtlich, »höchst schwierig und kaum zu entscheiden«. Gleichwohl: Der Selektionsdruck ist da. Dionysios entweicht ihm, indem er empfiehlt, gar keine Selektion zu treffen, sondern »nur« den Herrscher zu *verdoppeln*: statt eines Königs zwei Könige, die er *consules* zu nennen vorschlägt. Verdopplungen freilich sind seit Adam und Eva und seit der ersten Zellteilung das Grundprinzip aller Evolution. Zwei Konsuln also werden eingesetzt. Die Restabilisierung des politischen Systems folgt alsbald: Als zwei (!) Söhne (!) eines der beiden Gründungskonsuln die Königsherrschaft zu restituieren trachten, werden sie vom eigenen Vater hingerichtet. Wie anders, wie deutlicher hätte man demonstrieren können, dass die Republik da ist, stabil ist, keine neue Zweiheit zur Einheit zurückführt?

Theodor Mommsen schrieb einst, die Gründung der Republik sei mit »innerer Nothwendigkeit« aus dem »Organismus« der alten Politie erfolgt. Lesen wir Dionysios neu, so beobachtet dieser ganz im Gegenteil, dass es eines Auslösers von Variation – eines Skandals – bedurfte, damit der Zustand der *stasis* überhaupt gestört wurde. Variation führte dann zu so vielen Possibilitäten, dass von »notwendiger« Selektion keine Rede sein kann. Dionysios beschreibt vielmehr sehr genau die offene Kontingenz. Dass er dann die Selektion als Nicht-Selektion kennzeichnet, verdeutlicht das Problem aller Selektion, sobald auch nur bekannt ist, dass es so und immer auch anders geht. Und damit es nicht immer wieder und immer erneut anders geht, wird das grausame Exempel statuiert: Es bleibt dabei – bis auf weiteres (was in Rom allerdings lange dauerte).

Nicht nur Mommsens, sondern die eigene Lektüre evolutionstheoretisch zu reflektieren und in ihrer Zirkularität zu erkennen, wollen wir als Pflichtübung akzeptieren – die gleichwohl das Lesen nicht blockieren kann.

17 Texte statt Tatsachen

Eine Blockade des Lesens sollte man aufheben, nämlich die vielen Historikern liebgewordene Gewohnheit, Texte nach »Tatsachen« einerseits und Geschichten, Legenden, Mythen andererseits zu diskriminieren. Wenn man erfahren will, ob und wie Selbst- und Fremdbeschreibungen die Existenz und den jeweiligen Zustand eines Systems erklären, ob sie evolutive Mechanismen unterscheiden, ob sie Kausalitäten aufbauen oder Zufälle zulassen, so darf man nicht einen Großteil der Texte vernichten. Denn dann bleibt, gleich ob man in der Antike oder in neuesten Zeiten forscht, nur ein neuer magerer Mythos von den Tatsachen übrig. »Realität ist nicht die dingliche Wirklichkeit, sondern etwas zwischen den Dingen« – erste Lektion der Quantenmechanik. »Zwischen den Dingen« liegt die Kommunikation.

Februar 2002, **Marie Theres Fögen**

Literatur

Amstutz, M., Evolutorisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2001

Baecker, D., Das Gedächtnis der Wirtschaft, in: Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1987, 519–546.

Campbell, D. T., Variation and Selective Retention in Socio-Cultural Evolution, in: Social Change in Developing Areas, Cambridge MA 1965, 19–49.

Eldredge, N. und Gould, S. J., Punctuated Equilibria: An Alternative to Phyletic Gradualism, in: Models in Paleobiology, hg. von T. J. M. Schopf, San Francisco 1972, 82–115.

Fögen, M. Th., Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002.

Gould, S. J., Illusion Fortschritt, Frankfurt am Main 1999.

Gould, S. J., Punctuated equilibrium in fact and theory, in: Journal of social and biological structures 12 (1989) 117–136.

Harvey, D. L., Reed, M. H., The Evolution of Dissipative Social Systems, in: Journal of Social and Evolutionary Systems 17 (1994) 371–411.

Luhmann, N., Geschichte als Prozeß und die Theorie sozio-kultureller Evolution, in: Theorie der Geschichte. Beiträge zur Historik, Band 2: Historische Prozesse, hg. von K.-G. Faber und Chr. Meier, München 1978, 413–440.

Luhmann, N., Evolution und Geschichte, in: ders. Soziologische Aufklärung 2, Opladen 1982, 150–169.

Luhmann, N., Soziale Systeme, Frankfurt am Main 1984.

Luhmann, N., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993; insbes. Kapitel 6; vgl. auch die Evolutionskapitel in ders., Die Religion der Gesellschaft, 2000; Die Politik der Gesellschaft, 2000; Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.

Komplexe Systeme und nichtlineare Dynamik in Natur und Gesellschaft, hg. von K. Mainzer, Berlin, Heidelberg u. a. 1999.

Mohr, H.-U., Systemtheorie und Literaturwissenschaft, in: Domänen der Literaturwissenschaft. hg. von H. Jaumann, J. Klein u. a., Tübingen 2001, 145–162.

Plumpe, G., Programme moderner Literatur. Eine systemtheoretische Skizze, in: Domänen der Literaturwissenschaft [wie Mohr], 131–143.

Stichweh, R., Reyer, H.-U., Uszkoreit, H., Memorandum zu einem Institut für Evolutionswissenschaft, hg. vom Programmbeirat der Werner Reimers Konferenzen, Bad Homburg, Februar 1999.

Stichweh, R., Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.–19. Jahrhundert), in: RJ 9 (1990) 254–270.

Teubner, G., Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989.

Teubner, G., Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den *varieties of capitalism*, in: Soziale Systeme 5 (1999) 7–26.

Evolution des Rechts, hg. von Rüdiger Voigt, (Schriften zur Rechtspolitologie Bd. 7), Baden-Baden 1998.

Willke, H., Die Gesellschaft der Systemtheorie, in: Ethik und Sozialwissenschaften 11 (2000) 195–209 (mit 32 Diskussionsbeiträgen, 209–283, und einer Replik von Willke, 284–287).

Wuketits, F. M., Evolutionstheorien. Historische Voraussetzungen, Positionen, Kritik, Darmstadt 1988.